



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Graduação em Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

CLARISSA DE LIMA COSTA RIBEIRO

**A DECISÃO DO STF ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA
CONDENAÇÃO À LUZ DO MOVIMENTO *CRITICAL LEGAL STUDIES***

BRASÍLIA – DF
2018

CLARISSA DE LIMA COSTA RIBEIRO

**A DECISÃO DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO À
LUZ DO MOVIMENTO *CRITICAL LEGAL STUDIES***

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito à conclusão da disciplina Redação de Monografia e à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. João Costa Neto

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

TERMO DE APROVAÇÃO
CLARISSA DE LIMA COSTA RIBEIRO

**A DECISÃO DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO À
LUZ DO MOVIMENTO *CRITICAL LEGAL STUDIES***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora
composta por:

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto
Orientador

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Membro Interno

Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Lopes Rodrigues
Membro Interno

Brasília, 24 de novembro de 2018.

COMO CITAR:

COSTA RIBEIRO, Clarissa. *O JULGAMENTO DO HC 126. 292/SP À LUZ DO MOVIMENTO “CRITICAL LEGAL STUDIES”*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2018.

A meus pais *Rosilene e João*, por todo o suporte e incentivo. Devo toda a minha formação acadêmica a vocês.

AGRADECIMENTOS

BANCA EXAMINADORA:

A *João Costa Neto*, irmão mais velho que tanto me orgulha e inspira. Agradeço por todos os conselhos e conversas. Você me mostra diariamente o que significam as palavras dedicação e empenho. Que sonhemos sempre acordados.

A *Menelick de Carvalho Netto*, professor gentil, acessível e com um conhecimento extraordinário. Agradeço por ser uma inspiração acadêmica para mim.

A *Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues*, profissional e pessoa maravilhosa, com quem tive a honra de aprender Direito Internacional Público, na Universidade de Brasília. Admiro-o muito.

FACULDADE DE DIREITO:

A *Jorge Lavocat Galvão*, pelas aulas aprofundadas de Direito Constitucional, que tanto me fizeram refletir sobre o atual sistema constitucional brasileiro. Admiro as críticas feitas ao sistema e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal.

A *Henrique Araújo Costa*, coordenador incrível, que sempre fez o possível para ajudar os alunos e com o qual tive a honra de aprender Processo Civil 2. Agradeço pela dedicação à coordenação e a nós alunos. Minha passagem pela Universidade de Brasília não teria sido a mesma sem o senhor.

A *Rafael Santos de Barros e Silva*, por ter me ensinado tanto sobre Processo Tributário e impostos em espécie e despertado em mim o interesse por Direito Tributário. Aprendi muito em suas aulas. Agradeço, em especial, pela responsabilidade com o ofício de lecionar.

FAMÍLIA:

A meus pais *Rosilene e João*, casal batalhador que cresceu junto. Agradeço por terem despertado em mim o gosto pelo estudo e pelo Direito e por terem sido grandes exemplos dentro de casa.

A *Mateus de Lima Costa Ribeiro*, por ser esse irmão mais novo brilhante que tanto me incentiva a ser melhor. Agradeço por todas as dicas sobre professores e matérias. Minha passagem pela Universidade de Brasília foi muito melhor por ter você dividindo-a comigo.

AMIGOS:

A *Luciano Ramos de Oliveira*, grande parceiro e exemplo de dedicação e disciplina. Agradeço, em especial, por todo apoio e incentivo.

A *André Moreti, Anna Dunstan, Fernanda Lago, Fernanda Merlo, Giovana Fernandes, Luísa Maciel, Pedro Mendonça e Vinícius Rodrigues*, por terem sido os melhores amigos do mundo. Vocês são os grandes presentes que a Universidade de Brasília me deu.

A *Fernanda Lago Monteiro*, pela amizade genuína. Sou muito feliz que nossas vidas se cruzaram. O final do curso ficou extremamente mais leve com a sua companhia. Agradeço, em especial, por todo o apoio com a monografia e com a burocracia da universidade.

A *Renan Palhares Torreão*, jovem advogado dono de um *mindset* invejável. Agradeço, em especial, pela amizade, pelas risadas e por todos os conselhos profissionais.

A *Lunna e Giovanna Araújo*, amigas de infância que compartilharam cada momento de tensão e alegria nesses cinco anos. Agradeço por todo apoio e amor incondicional. Vocês são anjinhos do céu aqui na terra.

A *Natasha Meira de Sá Neumann*, jovem mulher de criatividade e delicadeza incomparáveis. Agradeço, em especial, por vibrar com todas as minhas pequenas conquistas e por se fazer presente sempre.

A *Ester Magro Borigato e Natália Álvares Teixeira*, grandes amigas e exemplos de mulheres fortes. Agradeço por me inspirarem diariamente a ser melhor.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o julgamento do HC n. 126. 292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do movimento norte americano *Critical Legal Studies*. Em fevereiro de 2016, ao julgar o HC n. 126. 292/SP, o Supremo Tribunal Federal determinou, contrariamente à sua jurisprudência até então, que o início da execução da sentença penal condenatória após a sua confirmação em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para os autores do movimento *Critical Legal Studies*, de forma sintetizada, o direito e a política não podem ser tidos como questões paralelas e separadas, mas sim interligadas. Pretende-se, com isso, examinar se houve uma influência política no julgamento do HC n. 126. 292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, e se, com isso, houve alguma manifestação de entendimentos subjetivos dos Ministros em seus votos.

Palavras chave: HC n. 126. 292/SP. Supremo Tribunal Federal. *Critical Legal Studies*. Direito. Política.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
CLS	<i>Critical Legal Studies</i>
CF	Constituição Federal de 1988
HC	<i>Habeas corpus</i>
SP	Estado de São Paulo

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO	11
II – DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	13
III – DO JULGAMENTO DO HC N. 126. 292/SP	18
IV – DO MOVIMENTO <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	
IV. 1 DO SURGIMENTO DO MOVIMENTO <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	23
IV. 2 DO DESENVOLVIMENTO DO MOVIMENTO <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	24
IV. 3 DA EXPRESSÃO <i>LAW IS POLITICS</i>	30
V – DA DECISÃO DOS MINISTROS DO STF À LUZ DO MOVIMENTO <i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	
V.1 DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	33
V.2 DO CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO À ÉPOCA DO JULGAMENTO DO HC N. 126 292/SP	33
V.3 DECISÃO POLÍTICA E NÃO JURÍDICA?	36
VI – CONCLUSÃO	40
VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

I. INTRODUÇÃO

O movimento *Critical Legal Studies* surgiu nos Estados Unidos na década de 70 quando um grupo heterogêneo de acadêmicos nos Estados Unidos tentou desconstruir doutrinas tradicionais do direito.

Segundo DUNCAN KENNEDY, autor pertencente ao movimento, não é possível afirmar que, em si mesmas, as leis sejam responsáveis pelo resultado de um julgamento. Para ele, na verdade, o resultado final dos julgamentos está vinculado às questões subjetivas e políticas dos juízes.¹ Desse modo, uma interpretação da mesma lei pode desencadear decisões diferentes.²

Além disso, MARK TUSHNET, ao referir-se ao movimento *Critical Legal Studies*, elucida que a proposição comum a todos os autores do movimento é a de que “*law is politics*”. Neste sentido, os autores do CLS defendem que o argumento jurídico (*legal claim*) é usado para garantir interesses de algum grupo político identificável.³

No julgamento do HC n. 126. 292/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, ser possível a execução provisória da pena após a condenação penal em segunda instância. Para a maioria dos ministros, isso seria possível em razão da manutenção da sentença penal pela segunda instância encerrar a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado.

Dessa forma, a execução provisória da pena de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal.

Ressalte-se que a decisão da Corte vai contra a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que dispõe expressamente que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (grifo aditado).

Na primeira parte do presente trabalho, pretende-se analisar o princípio da presunção de inocência e alguns de seus desdobramentos.

Na segunda parte, procura-se elucidar o julgamento do HC n. 126. 292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte mudou seu entendimento até então pacificado,

¹ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication: Fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1942, p. 319.

² Ibidem, p. 219.

³ TUSHNET, Mark. Critical Legal Studies: A Political History. *Yale Law Journal*, Issue 5, Vol. 100, Article 10, 1991, p. 1517.

permitindo a execução provisória da sentença penal condenatória após condenação em segunda grau e, portanto, antes do seu trânsito em julgado.

Na terceira parte do presente trabalho, objetiva-se explicar o que é o movimento *Critical Legal Studies*, elucidando as ideias de seus principais autores e fazendo um panorama geral sobre a evolução do movimento.

Por fim, na quarta e última parte, será feita uma reflexão sobre o julgamento do HC n. 126. 292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do *Critical Legal Studies*. Pretende-se analisar se houve algo político por trás da decisão da Corte e, com isso, se faz sentido a ideia tão defendida pelo movimento de que direito e política estão intimamente interligados.

II. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES define a presunção de inocência como um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.⁴

LUIGI FERRAJOLI expõe, em sua obra *Derecho y Razón*, que o princípio da presunção de inocência reporta-se ao Direito Romano (escritos de Trajano) e foi seriamente atacado e invertido durante a inquisição da Idade Média. Isso porque, durante o período da inquisição, a dúvida pela insuficiência de prova equivalia a uma semiprova, que comportava juízo de semiculabilidade. Assim, a dúvida gerava, na verdade, uma presunção de culpabilidade.⁵

No início da idade moderna, o princípio da presunção de inocência foi reafirmado, sendo finalmente incorporado pelo artigo 8º da Constituição da Virgínia e pelos artigos 7º e 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁶

A partir de uma análise do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, VEGAS TORRES aponta três principais manifestações da presunção de inocência.⁷

A primeira delas é de princípio fundante do processo penal garantista, que estabelece garantias ao imputado penalmente, tendo em vista a ação punitiva do Estado. A segunda, é a forma como o imputado penalmente seria tratado durante o processo penal. Presumindo-se sua inocência, todos os seus direitos deveriam ser assegurados durante o processo. A terceira, por fim, é a exigência de prova completa e absoluta da culpabilidade do acusado para que ele seja condenado e punido. Em caso de dúvida, o imputado deve, pois, ser absolvido.

FERNANDO CAPEZ divide o princípio da presunção de inocência em duas dimensões: a interna e a externa ao processo penal. Na dimensão interna, o princípio da presunção de inocência determina que a carga de prova seja do acusador, visto que o réu é presumidamente inocente e que a dúvida gera necessariamente a sua absolvição.⁸

Em sua dimensão externa ao processo penal, a presunção de inocência exige, segundo o autor, uma proteção contra a estigmatização precoce do réu pela sociedade e pela mídia.⁹ Quem está sendo processado penalmente não deve ser mal visto pela sociedade antes de condenado, visto que presume-se sua inocência.

⁴ NEVES, Antônio Castanheira. *Sumários de Processo Penal*. Coimbra: s. ed. (datilografado por João Abrantes e policopiados), 1968, p. 26.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 550.

⁶ Ibidem.

⁷ TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, Argentina: La Ley, 2002, p. 35-40.

⁸ JR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

⁹ JR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

FERRAJOLI elucida que tal princípio é fruto de uma opção garantista feita pelo Estado de Direito em favor da tutela da imunidade dos inocentes. O autor explica, também, que esse princípio tem grande influência no papel do Estado na vida dos cidadãos, pois quando a inocência do cidadão não é assegurada pelo Estado, sua liberdade necessariamente também não é.¹⁰

Assim, para FERRAJOLI, com o princípio da presunção de inocência, o Estado de Direito garante a liberdade dos cidadãos e, conseqüentemente, ainda oferece segurança a eles, que passam a confiar no direito. Como resultado, os cidadãos passam a acreditar na justiça.¹¹

Com isso, para FERRAJOLI, a presunção de inocência é a primeira e fundamental garantia que o processo penal assegura aos cidadãos.¹² Se o inocente não tiver confiança no ordenamento jurídico e não se sentir seguro e protegido pelo Estado, a função da jurisdição penal se quebra e os valores políticos que a legitimam se rompem.¹³

Apesar da importância do princípio da presunção de inocência, a partir do fim do século XIX, a presunção de inocência voltou a sofrer ataques concêntricos pelos totalitários e fascistas.¹⁴ O primeiro ataque foi feito pela Escola Positiva Italiana e o “golpe decisivo” foi, nas palavras de FERRAJOLI, dado por VICENZO MANZINI.¹⁵

VICENZO MANZINI chegou a afirmar que, como a maior parte dos imputados penalmente eram de fato considerados culpados ao final do processo, não haveria justificativa para o princípio da presunção de inocência e esse seria um absurdo irracional extraído do empirismo francês.¹⁶

Apesar dos ataques, o princípio da presunção de inocência prevaleceu e predomina nos ordenamentos jurídicos, sendo inclusive mencionado em documentos internacionais.

O artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.¹⁷

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 549.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, p. 550.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 252-253.

¹⁷ Em sua versão original: *Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense*.

No mesmo sentido, o artigo 6.2 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais prevê que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada."

Dispositivos semelhantes são encontrados no artigo 14.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 8º, §2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁸

No Brasil, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, dispõe expressamente que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Esse artigo prevê, pois, o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal.

Segundo MENELICK DE CARVALHO NETTO, trata-se de uma opção deliberada e consciente do constituinte que surge como produto de um tortuoso percurso histórico que resultou na superação do regime autoritário então vigente por meio da elaboração da Constituição de 1988.¹⁹

Cumprе ressaltar que, antes da vigência da Constituição de 1988, a presunção de inocência existia apenas de forma implícita, como decorrência do princípio do devido processo legal.²⁰

Nas palavras de RENATO BRASILEIRO, o princípio previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, consiste no direito do acusado penalmente não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação.²¹

Percebe-se que a Constituição Federal não utiliza a expressão "inocente" e diz, na verdade, que ninguém será considerado "culpado". Por essa razão, alguns doutrinadores denominam esse preceito de presunção de não culpabilidade.²²

RENATO BRASILEIRO ressaltа, também, que a Constituição Federal é expressa e clara ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43.

¹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 9.

²⁰ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43.

²¹ Ibidem.

²² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 44.

afastar o estado inicial de inocência de que todos cidadãos gozam.²³ Para Aury Lopes Jr., o princípio da presunção de inocência é basilar de todo o processo penal brasileiro.²⁴

Conforme FERNANDO CAPEZ, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos. O primeiro, no momento da instrução processual, como presunção legal de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova. Cabe à acusação provar que o réu é culpado e não ao réu provar que é inocente. O segundo, no momento da avaliação da prova. Em caso de dúvida, quando as provas não permitirem um juízo de certeza, o réu deve ser absolvido. O terceiro, por fim, no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade de prisão processual.²⁵

Segundo FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, infere-se do texto constitucional que o réu tem o direito público subjetivo de natureza constitucional de apelar em liberdade.²⁶

O autor elucida que, no Brasil, sendo o réu presumidamente inocente até o trânsito em julgado de sua sentença condenatória, sua prisão, antes do trânsito em julgado, apenas poderá ser admitida a título de cautela.²⁷ Dessa forma, quando ocorre uma prisão em flagrante, e não estando presente qualquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, o indiciado tem o direito de ficar em liberdade, nos termos do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.²⁸

Pela mesma razão, se o cidadão for condenado por sentença judicial não transitada em julgado, sua prisão provisória, ou o seu antecipado cumprimento de pena, apenas se justifica se ele estiver dando sinais de que pretende subtrair-se à aplicação da lei penal. Senão, não.²⁹

Para FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, dar interpretação diversa ao princípio da presunção da inocência seria admitir a existência de palavras inúteis no texto constitucional e que a expressão contida no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal seria mera excrecência jurídica.³⁰

O autor explica que nada impede que o juiz decrete a prisão do réu na sentença condenatória, mas, se o fizer, deverá fundamentar a decretação do ato construtivo

²³ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 44.

²⁴ JR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 38.

²⁶ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal I*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 67.

²⁷ *Ibidem*, p. 66.

²⁸ *Ibidem*, p. 71.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal I*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

demonstrando, à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal, a necessidade de medida cautelar.³¹

³¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal I*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73.

III. DO JULGAMENTO DO HC 126. 292/SP

O paciente do HC 126. 292/SP é um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (art. 157, 2º, I e II do CP). Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória viola a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Por essa razão, impetrou-se *habeas corpus* perante o STF.

Trata-se, com isso, de *habeas corpus* impetrado contra decisão do MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP.

Ao julgar o *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal entendeu, contrariamente à sua jurisprudência consolidada até então, que o início da execução da sentença penal condenatória após a sua confirmação em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Nesse sentido, o MINISTRO RELATOR TEORI ZAVASCKI votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos MINISTROS EDSON FACHIN, LUÍS ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX, DIAS TOFFOLI, CÁRMEN LÚCIA e GILMAR MENDES.

Ficaram vencidos a MINISTRA ROSA WEBER e os MINISTROS MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI, presidente da Corte à época, que votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, que exigia o trânsito em julgado para cumprimento de pena e, por consequência, pela concessão do *habeas corpus*.

Segundo o relator, MINISTRO TEORI ZAVASCKI, o princípio da não culpabilidade exaure-se após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau, pois nos recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não é possível discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.³²

Assim, como a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, seria possível o início da execução da pena. Em suas palavras, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no

³² Voto Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.

Para o Ministro, a execução provisória da pena de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal.³³

O Ministro relator utilizou-se, também, do direito comparado e citou a manifestação da MINISTRA ELLEN GRACIE no julgamento do HC 85886, quando salientou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.³⁴

Nesse ponto, o MINISTRO CELSO DE MELLO aduziu, em seu voto, ser inadequado invocar-se a prática e as experiências registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da brasileira, não impõem expressamente a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

Ainda, o MINISTRO TEORI ZAVASCKI sustentou, em seu voto, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, mas que para esses casos sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários e o *habeas corpus*.

No mesmo sentido, o MINISTRO EDSON FACHIN afirmou interpretar a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República sem apego à literalidade. Para ele, é necessário compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.³⁵

Para o MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena

³³ Voto Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Voto Ministro Edson Fachin no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência.³⁶

Em seu voto, o MINISTRO BARROSO afirmou que no momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Nesse cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria, para o Ministro, em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal.

Por outro lado, o MINISTRO MARCO AURÉLIO posicionou-se contra a mudança de entendimento da Corte e manifestou sua inconformidade com a postura dos demais ministros:

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro.³⁷

Além disso, o MINISTRO MARCO AURÉLIO expôs que no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, “em bom vernáculo”, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Para ele, esse preceito, não permite interpretações.³⁸

O MINISTRO MARCO AURÉLIO explicou, também, haver uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção.³⁹

Ainda, o MINISTRO MARCO AURÉLIO pontuou que a Corte está, nesse caso, assim como em outros, avançando e extravasando os limites que são próprios ao Judiciário.⁴⁰

Por sua vez, o MINISTRO CELSO DE MELLO aduziu que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder. Desse maneira, a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segundo grau seria incompatível com os padrões ortodoxos do regime

³⁶ Voto Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

³⁷ Voto Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

democrático, impondo, indevidamente, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional brasileiro à esfera jurídica dos cidadãos.⁴¹

Em sede de embargos de declaração, o MINISTRO CELSO DE MELLO foi enfático ao dizer entender por “inconstitucional e flagrantemente ofensiva à presunção de inocência a compreensão do E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, que criou, sem qualquer razão legítima, uma inaceitável antecipação artificial do trânsito em julgado para efeito de autorizar a execução provisória da sentença penal.”

O Ministro afirmou, ainda, ser ilegítima e inaceitável a antecipação artificial do trânsito em julgado para efeito de autorizar a execução provisória da sentença penal condenatória, uma vez que a própria Lei de Execução Penal, em respeito à Constituição Federal, subordina o início da efetivação executória das penas privativas de liberdade e das penas restritivas de direitos ao prévio trânsito em julgado da condenação judicial, o mesmo ocorrendo com a execução de uma pena de multa.

Em suas palavras:

Tenho por inconstitucional, e flagrantemente ofensiva à presunção de inocência, a compreensão do E. Plenário deste Supremo Tribunal que criou, sem qualquer razão legítima, uma inaceitável antecipação artificial do trânsito em julgado para efeito de autorizar a execução provisória (e, portanto, prematura) da sentença penal condenatória, quando se sabe que, em respeito à autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República, a própria Lei de Execução Penal subordina o início da efetivação executória das penas privativas de liberdade (art. 105) e das penas restritivas de direitos (art. 147) ao prévio trânsito em julgado da condenação judicial, o mesmo ocorrendo – vale lembrar – com a execução de uma simples pena de multa, que só será exigível uma vez tornada irrecorrível a sentença que a impuser (CP, art. 50).⁴²

Por fim, o MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI reafirmou seu posicionamento do julgamento do HC 84.078, relatado pelo eminente MINISTRO EROS GRAU, ressaltando, novamente, que, assim como expressou o MINISTRO MARCO AURÉLIO, ele não consegue ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado.⁴³

Segundo o MINISTRO LAWANDOWSKI, o dispositivo é absolutamente taxativo, categórico, não havendo margem para interpretação. Nesse sentido, aproveitou para

⁴¹ Voto Ministro Celso de Mello no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

⁴² Voto Ministro Celso de Mello no julgamento dos embargos de declaração do HC n. 126. 292/SP.

⁴³ Voto Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

manifestar sua perplexidade com a guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática.⁴⁴

Portanto, com o julgamento do HC 126. 292/SP, houve uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que antes entendia não ser possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Os Ministros decidiram que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional de presunção de inocência.⁴⁵

⁴⁴ Voto Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

⁴⁵ Acórdão HC n. 126. 292/SP.

IV. DO MOVIMENTO *CRITICAL LEGAL STUDIES*

IV. 1 – Do surgimento do movimento *Critical Legal Studies*

Na década de 70 (século XX), um grupo heterogêneo de acadêmicos nos Estados Unidos, pertencentes ao movimento *Critical Legal Studies* (CLC), tentou desconstruir doutrinas tradicionais do direito, unindo o marxismo vulgar (*vulgar Marxism*) e as teorias semelhantes que sustentavam os ideais esquerdistas (*leftist ideals*) aos *insights* analíticos colhidos do estruturalismo, do realismo jurídico, da fenomenologia, da teoria crítica, da psicanálise, do feminismo e do pós-estruturalismo.⁴⁶

MARK TUSHNET considera fácil identificar a origem do movimento *Critical Legal Studies*. Segundo ele, no início de 1976, DAVID TRUBEK retornou de uma viagem a Cambridge e lhe disse que havia conversado com DUNCAN KENNEDY e que os dois haviam concordado que havia um número de juristas produzindo estudos acadêmicos de direito que pareciam ter um tema em comum e que seria útil reunir essas pessoas para analisar se tal percepção estava correta. O tema em comum eram questões sobre ideologia, lei e sociedade, com foco na doutrina jurídica (*legal doctrine*).⁴⁷

Nas palavras de MANGABEIRA UNGER, “*Critical Legal Studies became active in the United States in the mid1970s and continued as an organized force only until the late 1980s*”.⁴⁸

O *Critical Legal Studies*, como uma organização institucional e, especialmente, como um movimento associado à academia jurídica contemporânea, desenvolveu-se internamente ao longo de uma trajetória direcionada à percepção de que a política da crítica jurídica (*legal critique*) é predominantemente a política da educação jurídica e sua relação com a área profissional do direito.⁴⁹

O movimento surgiu “*from the leftist tradition in modern legal thought and practice*”, marcada por duas preocupações primordiais.⁵⁰ A primeira é a crítica ao formalismo e ao objetivismo⁵¹:

⁴⁶ KRAMER, Matthew H. *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconception*. Boston: Rowman and Littlefield Publishers Inc, 1995, p. 38.

⁴⁷ TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: A Political History*. *Yale Law Journal*, Issue 5, Vol. 100, Article 10, 1991, p. 1523.

⁴⁸ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement: Another time, a greater task*. London: Verso, 2015, p. 24.

⁴⁹ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p.8.

⁵⁰ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 1.

⁵¹ *Ibidem*.

*Formalism is a commitment to, and therefore also a belief in the possibility of, a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people all call ideological, philosophical, or visionary. This formalism holds impersonal purposes, policies, and principles to be indispensable components of legal reasoning.*⁵²

*Objectivism is the belief that the authoritative legal materials – the system of statutes, cases, and accepted legal ideas – embody and sustain a defensible scheme of human association. They display, though always imperfectly, an intelligible moral order.*⁵³

Já a segunda, é o uso puramente instrumental da prática jurídica (*legal practice*) e da doutrina jurídica (*legal doctrine*) para avançar os ideais esquerdistas (*leftists ideals*).⁵⁴

Segundo MANGABEIRA UNGER, ambas preocupações foram reformuladas e incluídas em um conjunto maior de ideias pelo *Critical Legal Studies*, permitindo um novo ponto de vista (*new insight*) sobre a luta por poder e direito, dentro e além da lei.⁵⁵

Desde então, o movimento *Critical Legal Studies* tem abalado as ideias centrais do pensamento jurídico contemporâneo ao apresentar uma nova concepção de lei e de direito, a qual implica uma análise da sociedade e ressalta a prática da política.⁵⁶

IV.2 – Do desenvolvimento do movimento *Critical Legal Studies*

Para MANGABEIRA UNGER, o movimento *Critical Legal Studies* é a manifestação de ideias no campo do direito e representa uma intervenção contundente na história do direito nos Estados Unidos e no mundo.⁵⁷

Conforme COSTAS DOUZINAS, PETER GOODRICH e YIFAT HACHAMOVITCH, três largas fases caracterizam o desenvolvimento do movimento *Critical Legal Studies* e demonstram uma transição de críticas externas sobre os efeitos da lei para uma reforma interna da doutrina e das instituições do direito.⁵⁸

⁵² MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 1.

⁵³ Ibidem, p. 2.

⁵⁴ Ibidem, p. 4.

⁵⁵ Ibidem, p. 4.

⁵⁶ Ibidem, p. 1.

⁵⁷ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement: Another time, a greater task*. London: Verso, 2015, p. 3. (Tradução livre da autora de: *The Critical Legal Studies Movement is a manifesto for a movement of ideas in legal thought (...) and represented, both by design and in fact, a forceful intervention in the history of legal ideas in the United States and more generally in the world*).

⁵⁸ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p.8.

Nessa perspectiva, o desenvolvimento do movimento foi marcado por uma transição da sociologia da governança jurídica à política textual da academia jurídica, do empirismo à desconstrução, do realismo ao pluralismo e, finalmente, da adoção de credos, posições e outras verdades políticas a uma política de contingência e um credo de incerteza.⁵⁹

A primeira fase do CLS, dentro um contexto europeu e americano, foi um reflexo da teoria sociológica de KARL MARX. Nessa primeira fase, que pode ser denominada como a “pré-história” do movimento *Critical Legal Studies*, os estudiosos do movimento eram basicamente sociólogos ou acadêmicos de direito com pouco ou nenhum contato ou comprometimento com a doutrina jurídica⁶⁰ e tratavam a lei e ordens legais de maneira mais ampla, como um fenômeno superestrutural dentro de uma ordem social economicamente determinada.⁶¹

Baseando-se em MARX, no socialismo inglês e no anarquismo comunitário, o direito foi apresentado como a expressão do interesse de classe e da dominação econômica.⁶² Assim, o direito foi exposto e estudado como sendo um aparato que não apenas tinha sido gerado pelas condições de dominação e exploração de classes, como também auxiliava na reprodução das condições de dominação e exploração de classes.⁶³

Nas palavras do MARK TUSHNET, os estudiosos do CLS viam a lei como uma forma de atividade humana na qual os conflitos políticos eram trabalhados de maneira que contribuíam para a estabilidade/legitimação da ordem social (“legitimação”).⁶⁴

O Estado de Direito era uma “fachada oca” (*hallow facade*) por trás da qual o sociólogo podia facilmente descobrir as causas econômicas, os mecanismos políticos e os efeitos ideológicos da dominação de classes.⁶⁵ O direito em si era o produto legislativo da classe dominante, interpretada por um grupo profissional de elite e, na prática, aplicada quase

⁵⁹ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p.8. (Tradução livre da autora de: *from sociology of legal governance to the textual politics of the legal academy, from empiricism to deconstruction, from realism to pluralism and finally from the espousal of creeds, positions and other political truths to a politics of contingency and a creed of (gregarious) uncertainty*).

⁶⁰ Ibidem, p. 10. (Tradução livre da autora de: *Critical legal scholars were likely to be sociologists or academic lawyers with few if any professional contacts or legal doctrinal commitments*).

⁶¹ Ibidem, p. 9.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: A Political History*. *Yale Law Journal*, Issue 5, Vol. 100, Article 10, 1991, p. 1523. (Tradução livre da autora de: *saw law as a form of human activity in which political conflicts were worked out in ways that contributed to the stability of social order (“legitimation”) in part by constituting personality and social institutions in ways that came to seem natural*).

⁶⁵ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p. 9.

exclusivamente apenas aos membros da classe trabalhadora.⁶⁶ O objetivo do CLS, nesse contexto, foi de “*expose or demystify the determinations and real conditions of law’s application*”.⁶⁷

Nessa primeira fase, defende-se que a lei reflete e ajuda a reproduzir a realidade externa às determinações económicas e, como consequência, apenas a dissolução da dominação e exploração de classes colocaria fim à dominação da lei.⁶⁸ O núcleo dessa fase do movimento foi uma crítica global ao direito, que defendia a rejeição e o fim futuro desta.⁶⁹

A segunda fase do *Critical Legal Studies* foi associada ao desenvolvimento e à popularização do estruturalismo. LEVI-STRAUSS, ALTHUSSER, POULANTZAS e PACHUKANIS são conhecidos por suas obras dessa teologia política ou *jurisprudencial critique of law*.⁷⁰

Dando seguimento à explícita corrente marxista do CLS, o trabalho de PACHUKANIS, uma teoria jurídica pós-revolução soviética, afirmava – segundo DOUZINAS, GOODRICH e HACHAMOVITCH – que a lei deveria ser compreendida “*as the direct historical expression of the commodity form of production*”.⁷¹

Conforme DOUZINAS, GOODRICH e HACHAMOVITCH, para PACHUKANIS, todas as relações jurídicas seriam direta ou indiretamente contratuais. Até mesmo a cidadania seria uma relação contratual, entre o indivíduo e o Estado. As sanções criminais, por exemplo, seriam formas de resolver a violação de tal contrato.⁷²

A característica mais marcante da teoria da forma mercantilista (*commodity form theory*) foi o foco na forma do direito, em oposição à ênfase anterior no conteúdo. A lei não apenas recebeu um significado económico e político notável - e, sem dúvida, justificado - como também foi representada como constitutiva da personalidade social e da subjetividade jurídica.⁷³

Essa autonomia relativa do direito não só concedeu à lei um papel dentro da determinação económica das formas sociais, mas também atribuiu a restrição política da subjetividade ou a captura ideológica do sujeito à forma jurídica.⁷⁴

⁶⁶ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p. 9.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem, p. 9-10.

⁶⁹ Ibidem, p. 10.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem, p.11.

⁷⁴ Ibidem. (Tradução livre da autora para: *The relative autonomy of law not only granted law a role within the economic determination of social forms but also attributed the political restraint of subjectivity or the ideological capture of the subject to the legal form*).

A atribuição de um significado estrutural ao direito levou à formulação do movimento *Critical Legal Studies* como uma crítica à forma do direito, que iniciou seus trabalhos com as teorias positivistas contemporâneas do direito e criticou a autoproclamada objetividade de seus relatos de processos legais.⁷⁵

A conceituação do direito como um sistema de regras ou como uma ordem estritamente normativa foi deslocada por concepções do direito como poder e, mais especificamente, pela politização de todos os aspectos da prática jurídica. A educação jurídica, a redação de livros didáticos jurídicos, a redação dos julgamentos, a aplicação e a execução da lei e até a autodisciplina acadêmica e a subjetividade jurídica como tal foram analisadas por e para seus efeitos políticos.⁷⁶

A terceira e última fase do movimento *Critical Legal Studies* envolve uma reorientação da politização do direito e da prática jurídica.⁷⁷ Essa última fase é também conhecida como uma reforma interna da doutrina e das instituições do direito.⁷⁸

Referindo-se a essa terceira fase, MANGABEIRA UNGER explica que o movimento *Critical Legal Studies* tem como objetivo próximo consolidar o método de elaboração fundamentada e seu vocabulário de política e princípios, em uma concepção que poderia compensar as lacunas e ambiguidades existentes nos ordenamentos jurídicos.⁷⁹

Ainda segundo MANGABEIRA UNGER, o movimento queria reorientar a prática da análise jurídica e tratar o cidadão, em vez do juiz ou do profissional equivalente, como o mais importante interlocutor do pensamento jurídico.⁸⁰

Nesse sentido, GARY MINDAS elucida, em sua obra *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End.*, que, para DUNCAN KENNEDY, o direito está

⁷⁵ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p.11. (Tradução livre da autora para: *This attribution of a structural significance to law led to the formulation of critical legal studies as a critique of the form of law e as a jurisprudential enterprise the critique of the form of law took as its starting point contemporary positivistic theories of law and criticized the self-proclaimed objectivity of their accounts of legal processes*).

⁷⁶ Ibidem, p. 12. (Tradução livre da autora de: *The conceptualization of law as a system of rules or as a strictly normative order was displaced by conceptions of law as power and more specifically by the politicization of all aspects of legal practice. Legal education, textbook and treatise writing, the substantive categories, classifications and divisions of legal subject- matter, legal judgment writing, law application and enforcement, even scholarly self-discipline and legal subjectivity as such (Gabel 1984) were now analysed through and for their political effects*).

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem, p. 8.

⁷⁹ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement: Another time, a greater task*. London: Verso, 2015, p. 21. (Tradução livre da autora de: *a method of reasoned elaboration and its vocabulary of policy and principle in a conception that could make up for the erosion and ambiguity of the receding settlement*).

⁸⁰ Ibidem, p. 22.

irremediavelmente envolvido em uma contradição fundamental⁸¹ e alguns autores, seguindo essa sua orientação, buscam demonstrar a indeterminação da doutrina jurídica, descrevendo como várias doutrinas legais giram em torno de valores contraditórios ou polaridades opostas, como objetivo/subjetivo e público/privado.⁸²

Para DUNCAN KENNEDY, o ordenamento jurídico é tão grande e tão cheio de lacunas, conflitos e ambiguidades, e aberto para interpretações ideológicas conflitantes, que uma interpretação da mesma lei pode desencadear decisões diferentes. Em suas palavras:

*The system of legal rules is so big, so dense, and so full of gaps, conflicts, and ambiguities, open to conflicting ideological interpretations, that a legislative regime change requires hundreds and hundreds of implementing decisions in many different areas of law. According to the nesting hypothesis, these decisions replicate the underlying conflict of which the abstract regime change was a resolution.*⁸³

DUNCAN KENNEDY expõe não ser possível afirmar que, em si mesmas, as leis sejam responsáveis pelo resultado de um julgamento. Na verdade, para esse autor, o resultado final dos julgamentos está vinculado às questões subjetivas e políticas dos juízes:

*The critique of legal rights reasoning becomes just a especial case of the general critique of policy argument: once it is shown that the case requires a balancing of conflicting rights claims, it is implausible that it is the rights themselves, rather than the 'subjective' or 'political' commitments of the judges, that are deciding the outcome.*⁸⁴

Ainda de acordo com DUNCAN KENNEDY, nesse contexto, não é possível ter a certeza de como o direito será realmente aplicado em cada caso, sendo possível que, com a manipulação da argumentação jurídica e com base em elementos exteriores, casos idênticos recebam decisões distintas.⁸⁵

Segundo esse autor, o movimento *Critical Legal Studies* tem se preocupado em geral com a relação “*of legal scholarship and practice to the struggle to create a more*

⁸¹MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Moviments: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995, p. 109.

⁸²Ibdem, p. 108.

⁸³KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication: Fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1942, p. 219.

⁸⁴Ibdem, p. 319.

⁸⁵Ibdem, p. 319.

humane, egalitarian, and democratic society”,⁸⁶ tendo, ainda, procurado encorajar o mais amplo leque de abordagens e debates dentro de uma ampla estrutura de compromisso com valores democráticos e igualitários e uma crença de que estudiosos, estudantes e advogados têm todos alguma contribuição para a criação de uma sociedade mais justa.⁸⁷

Para MARTHA MINOW, os autores do *Critical Legal Studies*:

(i) seek to demonstrate the indeterminacy of legal doctrine, since any given set of legal principles can be used to yield competing or contradictory results”⁸⁸ e “(ii) engages in historical, socioeconomic analysis to identify how particular interests groups, social classes, or entrenched economic institutions benefit from legal decisions despite the indeterminacy of the legal doctrines.⁸⁹

Assim, o *Critical Legal Studies* oferece não apenas uma teoria do direito, mas uma esperança, ao apresentar uma visão politicamente ativa e socialmente responsável de um nobre chamado a questionar os paradigmas existentes.⁹⁰

Para GARY MINDAS, o movimento *Critical Legal Studies* representa um rico, embora diverso, conjunto de pontos de vista e abordagens teóricas para a compreensão da natureza do direito e da adjudicação na era moderna.⁹¹ As obras dos autores desse movimento são consideradas “críticas” por serem conscientemente associadas à política de contracultura e da nova esquerda da década de 60.⁹²

Para MATTHEW KRAMER, os autores do movimento *Critical Legal Studies* passaram a enxergar o direito como um campo de batalha em que lados opostos da vida humana competem por supremacia e apontam as contradições subjacentes de toda ordem jurídica: forma *versus* substância, a comunidade *versus* o indivíduo, facticidade *versus*

⁸⁶ KENNEDY, Duncan; KLARE, Karl E. *A Bibliography of Critical Legal Studies*. The Yale Law Journal. Vlo. 94: 461, 1984, p. 461.

⁸⁷ Ibidem, p. 462.

⁸⁸ MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995, p. 108.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, p. 107. (Tradução livre da autora de: *not only a theory of the law, but a hopeful selfconception of a politically active, socially responsible vision of a noble calling*).

⁹¹ Ibidem, p. 109. (Tradução livre da autora de: *a rich, albeit diverse, set of views and theoretical approaches for understanding the nature of law and adjudication in the modern era*). Em sentido contrário, cf. Calvin R. Massey. Law's Inferno, 39, *Hastings Law Journal*. 1269, 1988. (book review); Theodore J. St. Antoine. *Book Review*, 43 *Indus and Lab. Rel. REv.*, 1989, p. 142; Eugene D. Genovese. *Critical Legal Studies as Radical Politics and World View*, 3 *Yale J.L. and Hum.*, 1991 (book review); e Robert. E. Rodes, Jr. *Critical Legal Studies*, 39 *J. Legal. Educ.*, 1989.

⁹² Ibidem, p. 109.

normatividade, generalidade *versus* particularidade, homens *versus* mulheres, teoria *versus* prática, e assim por diante.⁹³

MARK TUSHNET, ao falar sobre o *Critical Legal Studies*, afirma que, ao ler artigos que tentam explicar e criticar o movimento, percebe que os críticos não sabem do que se trata o CLS.⁹⁴ O autor diz deparar-se com críticos afirmando como centrais proposições que ele entende extremamente problemáticas e desconsiderando por completo proposições que ele acredita serem centrais do movimento.⁹⁵

MARK TUSHNET afirma haver um grau suficiente de comprometimento dos autores do CLS a três proposições sobre o direito: (i) que é indeterminado; (ii) que pode ser compreendido pela análise do contexto em que as decisões judiciais são feitas; e (iii) e que é político. Ele conclui, assim, o que entende por *Critical Legal Studies* e como descreveria o movimento.⁹⁶ Essas três proposições são o que MARK TUSHNET entende como comum no movimento CLS, mas ele ressalta que a forma como cada um dessas três “vagas” proposições se desenvolvem varia de autor para autor do movimento.⁹⁷

Além disso, o autor elucida que a proposição comum a todos os autores do CLS é a de que “*law is politics*” (direito é política). Neste sentido, os autores do CLS defendem que o argumento jurídico (*legal claim*) é usado para garantir interesses de algum grupo político identificável.⁹⁸

IV.3 – Da expressão *law is politics*

Pode-se dizer que a assertiva que caracteriza o núcleo conceitual do movimento *Critical Legal Studies* é “*law is politics*” (direito é política).⁹⁹

Isso porque, os autores do movimento *Critical Legal Studies* defendem que o direito e a política não podem ser tidos como questões paralelas e separadas, mas sim interligadas.¹⁰⁰ Para eles, (i) os juízes usam suas crenças políticas para decidirem os casos concretos com que

⁹³ KRAMER, Matthew H. *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconciliation*. Boston: Rowman and Littlefield Publishers Inc, 1995, p. 44.

⁹⁴ TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: A Political History*. *Yale Law Journal*, Issue 5, Vol. 100, Article 10, 1991, p. 1516.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 1518.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 1517.

⁹⁹ MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995, p. 107.

¹⁰⁰ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 2.

se deparam e (ii) todos os indivíduos são produto de sua classe, gênero e raça, sendo determinados, em grande parte, pelas estruturas políticas e sociais da sociedade.¹⁰¹

JOHN STUART RUSSEL expõe que direito e sociedade estão intrinsecamente conectados:

*law is a political product that results from the struggle of conflicting social groups. Consequently, it is not surprising that CLS scholars blur the distinction between law and society because, contrary to the traditional view that law is separate and peripheral to society, it is not practically possible to describe any "basic" social practices without describing the legal relations among the people involved. Law and society are therefore inextricably bound together.*¹⁰²

De acordo com MANGABEIRA UNGER, tratar o direito de modo objetivo, sem vínculo com a política, é afastar o jurídico da realidade social e, com isso, tornar o direito centrado apenas em problemas formais.¹⁰³

Desse modo, os estudiosos do *Critical Legal Studies* acreditam que nem os juízes, nem o direito que eles aplicam, são neutros¹⁰⁴ e questionam, com isso, o modelo idealizado de ordenamento jurídico criado pelo liberalismo jurídico (*liberal legalism*) e a ideia de que um modo de raciocínio ou análise claramente jurídica caracteriza o direito.¹⁰⁵

Em sua obra "*Knowledge and Politics*", GARY MINDAS expõe que, conforme MANGABEIRA UNGER, a teoria jurídica liberal (*liberal theory*) mascara escolhas subjetivas e políticas do julgador ao tratar conhecimento e verdade como essências distintas da política, da paixão e da vontade subjetiva.¹⁰⁶

Por sua vez, JOHN STUART RUSSEL elucida que as decisões jurídicas são baseados em valores e escolhas de natureza política dos juízes e não são produtos de raciocínio puramente

¹⁰¹ MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Moviments: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995, p. 107.

¹⁰² RUSSEL, J. Stuart. The Critical Legal Studies Challenge To Contemporary Mainstream Legal Philosophy. *Ottawa Law Review*. Vol 18:1, 1986, p. 9.

¹⁰³ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 2.

¹⁰⁴ RUSSEL, J. Stuart. The Critical Legal Studies Challenge To Contemporary Mainstream Legal Philosophy. *Ottawa Law Review*. Vol 18:1, 1986, p. 12.

¹⁰⁵ Ibidem. (Tradução livre da autora de: *that a distinctly legal mode of reasoning or analysis characterizes the legal process*).

¹⁰⁶ MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Moviments: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995, p. 108. (Tradução livre da autora de: *liberal theory masked subjective and political choices by portraying knowledge and truth as separate essences distinct from politics, passion, and subjective desire*).

jurídico ou uma aplicação objetiva do direito.¹⁰⁷ “*Law, therefore, serves an ideological purpose by "masking" exploitation with apparent fairness, thereby legitimating class structures*”.¹⁰⁸

Para esse autor, os juízes impõem os valores de seu grupo socioeconômico (na maior parte das vezes, dos brancos de classe média alta) por meio de suas decisões e manipulam as leis para refletirem sua ideologias. “*They manipulate legal rules to reflect the ideology of that group*”.¹⁰⁹

Assim, para os estudiosos do movimento, o direito não é simplesmente o produto da interação entre os precedentes judiciais e a técnica interpretativa, mas é intimamente afetado por forças externas.¹¹⁰ Dada a subjetividade inerente à argumentação jurídica, não há que se falar em fatos objetivamente determinados ou aplicação objetiva e racional do direito.¹¹¹

¹⁰⁷ RUSSEL, J. Stuart. The Critical Legal Studies Challenge To Contemporary Mainstream Legal Philosophy. *Ottawa Law Review*. Vol 18:1, 1986, p. 12.

¹⁰⁸ RUSSEL, J. Stuart. The Critical Legal Studies Challenge To Contemporary Mainstream Legal Philosophy. *Ottawa Law Review*. Vol 18:1, 1986, p. 14.

¹⁰⁹ Ibidem, p.13.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem.

V. DA DECISÃO DOS MINISTROS DO STF À LUZ DO MOVIMENTO *CRITICAL LEGAL STUDIES*

V.1 – Da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em fevereiro de 2009, no julgamento do HC n. 84. 078, sob a relatoria do MINISTRO EROS GRAU, o Supremo Tribunal Federal – por 7 votos a 4 – interpretou o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. A Corte, com isso, posicionou-se a favor da leitura literal do dispositivo, garantindo ao acusado o direito constitucionalmente assegurado de não ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

No âmbito institucional, tratou-se da consagração de uma corrente jurisprudencial já existente no Supremo Tribunal Federal, na medida em que alguns membros da Corte, como os MINISTROS EROS GRAU, SEPÚLVEDA PERTENCE e MARCO AURÉLIO, já haviam externado essa posição em outras oportunidades.¹¹²

Conforme entendimento exposto pelo MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento do HC n. 84. 078: “(...) mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição.”

Contudo, sem que houvesse qualquer modificação substancial no cenário normativo subjacente à matéria no sentido de desautorizar o entendimento até então adotado¹¹³, sobreveio o julgamento pelo plenário do STF, no HC 126. 292/SP, que consubstanciou guinada jurisprudencial no sentido de reabilitar a jurisprudência anterior da Corte.

V.2 – Do contexto político brasileiro à época do julgamento do HC n. 126 292/SP

Em 2015, a organização Transparência Internacional, que analisa índices de corrupção mundial, colocou o Brasil em 76º lugar em *ranking* sobre a percepção de corrupção

¹¹² CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 16.

¹¹³ Ibidem, página 18.

no mundo. Em um ano, o Brasil piorou tanto sua posição quanto sua nota. Foi o pior resultado de uma nação no relatório 2015 comparando com o ano anterior.¹¹⁴

É justamente no contexto de combate à corrupção, tema fortíssimo na arena pública brasileira nos últimos tempos, que o julgamento do HC n. 126. 292/SP ocorreu.¹¹⁵ A decisão dos Ministros do STF sobreveio durante um cenário brasileiro histórico de forte combate à corrupção, com uma – cada vez mais intensa – intolerância populacional e institucional a desmandos criminosos com o Estado.¹¹⁶

O julgamento da Ação Penal 470/MG – muito provavelmente o julgamento de maior repercussão popular na história do Supremo Tribunal Federal – e o advento da chamada “Operação Lava-Jato”, com sua interminável sucessão de fases e seus rumorosos vazamentos, são episódios sintomáticos dessa conjuntura de combate à corrupção.¹¹⁷

A “Operação Lava Jato” é conhecida como operação da Polícia Federal responsável por desvendar o “mega” esquema de corrupção da Petrobras, maior empresa estatal do Brasil. Este foi considerado o maior esquema de corrupção do Brasil, que envolveu, além de empresários, líderes políticos e os maiores partidos políticos brasileiros, como PT, PMDB e PSDB.¹¹⁸ A operação também apontou irregularidades em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3.¹¹⁹

A “Operação Lava Jato” desvendou um quadro de corrupção sistêmica no Brasil, revelando que a corrupção passou a fazer parte do próprio sistema.¹²⁰

Segundo informações do Ministério Público Federal:

Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

¹¹⁴ *Brasil piora 7 posições em ranking mundial de corrupção e fica em 76º*. Do G1, São Paulo. <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/ranking-de-corruptao-coloca-brasil-em-76-lugar-entre-168-paises.html> Acesso em 13/11, às 19h50.

¹¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 19.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ *A corrupção sistêmica no Brasil*. Por Emmanuelle Konzen Castro. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1125239/2017/03/a-corruptao-sistemica-no-brasil/> Acesso em: 13/11, às 18h30.

¹¹⁹ Para o cidadão. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato> Acesso em 13/11, às 20h.

¹²⁰ *A corrupção sistêmica no Brasil*. Por Emmanuelle Konzen Castro. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1125239/2017/03/a-corruptao-sistemica-no-brasil/> Acesso em: 13/11, às 18h30.

Além disso, o esquema de corrupção do Grupo *Odebrecht*, construtora presente no esquema de corrupção da Petrobras¹²¹, é considerado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos o maior pagamento de propina da história mundial.¹²² Autoridades americanas ligadas ao Departamento de Justiça (*Department of Justice*) tornaram públicos, em 2016, documentos que revelam que o grupo Odebrecht distribuiu propinas em pelo menos 12 países em troca de projetos de construção. De acordo com a investigação, tanto a construtora Odebrecht quanto a Braskem, braço petroquímico da empresa, pagaram mais de R\$ 2,6 bilhões em propina para conseguir pelo menos 100 projetos fora do país, os quais renderam ao grupo R\$ 12 bilhões em lucros.¹²³

Nesse contexto, o argumento que privilegia a efetividade da jurisdição, muito mencionado no julgamento do HC n. 126. 292/SP, ganha força decisivamente.¹²⁴

O movimento *Critical Legal Studies* expõe essa realidade de que decisões jurídicas frequentemente são decididas politicamente, mas não propõe uma solução adequada.

Para RONALD DWORKIN, argumentos de política, supostamente pragmáticos, lançados em nome de uma presumida consecução de fins sociais para a melhora da vida em comum não podem ser invocados para suplantar direitos e garantias individuais historicamente conquistados.¹²⁵ Os direitos e garantias fundamentais não derivam de uma vontade da maioria, mas da história constitucional de um povo e de suas conquistas de liberdade e de igualdade.

Nesse sentido, não se pode admitir que, em plena égide do constitucionalismo democrático contemporâneo, direitos e garantias fundamentais sejam tratados como se políticas fossem.¹²⁶ Não se pode admitir que as insatisfações advindas das ruas, da sociedade, sejam utilizados como régua hermenêutica de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência – que vige até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição – a partir da invocação de

¹²¹ Para o cidadão. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato> Acesso em 13/11, às 20h.

¹²² *Para EUA, a Odebrecht praticou maior caso de suborno da história*. Por Ricardo Helcias. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/para-eua-odebrecht-praticou-maior-caso-de-suborno-da-historia/> acesso em: 13/11, às 19h32.

¹²³ *Entenda o esquema bilionário de propina da Odebrecht pelo mundo*. Por Laura Beal Bordin e Marcos Xavier Vicente. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/entenda-o-esquema-bilionario-de-propina-da-odebrecht-pelo-mundo-ccwhvrz9zkhick696gdtduar/> Acesso em: 13/11, às 18h03.

¹²⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 19.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *A matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 2-3

¹²⁶ Ibidem, p. 2.

objetivos normativos auto evidentes (universalmente aceitos, dado o seu alto grau de generalidade e abstração) como o combate à corrupção.¹²⁷

Conforme HANS Kelsen, muito mais do que uma liderança política carismática ocasional, uma corte constitucional, formalmente desvinculada à seara política e imbuída do dever de se reportar sempre ao direito, pode vir a ser capaz de institucionalmente garantir e zelar, irrenunciavelmente, pela guarda da Constituição.¹²⁸ O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, não pode ter seus julgamentos influenciados pelo momento político vivido pelo país e deve proteger o disposto na constituição em todo e qualquer momento.¹²⁹

Além disso, não pode o judiciário utilizar, em suas decisões, fundamentos tipicamente característicos dos discursos legislativos, marcados pela busca pragmática do atingimento de fins específicos.¹³⁰ Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve a hermenêutica constitucional estar centrada em levar os direitos a sério, resguardando a integridade e a coerência histórico-constitucional da comunidade de princípios que constitui a Constituição.¹³¹

Importante ressaltar que a questão da antecipação do trânsito em julgado foi levada, por meio de projeto de emenda constitucional (*PEC Peluso*), ao legislativo, que não recepcionou o tema. A ideia foi, portanto, levada ao poder competente para tratar na matéria e não prosperou.¹³² Entra-se, aqui, em outro ponto, que não é o objetivo do presente trabalho, sobre uma suposta violação ao princípio da separação dos poderes no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

V.3 – Decisão política e não jurídica?

Considerando o exposto acima, é possível defender que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal trata-se de uma decisão influenciada pelo seu contexto político, em que o direito foi usado para “mascarar”, conforme o movimento *Critical Legal Studies* defende, juízos políticos e subjetivos dos ministros que compõem a Corte.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *A matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 3.

¹²⁸ Kelsen, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, páginas 237-298.

¹²⁹ Conforme o artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal.

¹³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 30

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem, p. 31.

O que mudou do julgamento do HC 84. 078, em fevereiro de 2009, para o julgamento do HC n. 126. 292/SP, em fevereiro de 2016, que deu ensejo à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi o contexto político do Brasil e a insatisfação da população e das instituições em relação à corrupção pelos entes públicos. A Constituição permaneceu exatamente a mesma.

A opinião subjetiva e pessoal do MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, por exemplo, fica evidente em seu voto quando ele afirma:

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

Isso mostra como o ministro no fundo buscava a efetividade da jurisdição. A decisão a favor da execução provisória da pena foi o modo de, efetivamente e de forma mais rápida, punir os agentes de crimes de colarinho branco.

Nesse sentido, a decisão do HC 126.292/SP se deu mediante recurso a argumentos de política, “juridificados” sob a invocação de etéreo manto da efetividade da jurisdição penal.¹³³ Com alegações como a necessidade da ponderação de princípios e de respeito à efetividade da jurisdição, conclui-se que a Constituição de 1988 permite a execução provisória da pena, mesmo sendo a Carta Magna expressa ao determinar o trânsito em julgado como marco temporal para que isso ocorra.

Na mesma perspectiva do movimento *Critical Legal Studies*, MENELICK DE CARVALHO NETTO afirma que a manipulação estratégica do arcabouço constitucional é sempre possível.¹³⁴

Com base em princípios, os ministros do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, conseguiram decidir segundo o que entendem correto. No caso, combater à corrupção e prender esses agentes criminosos que têm dinheiro para pagar advogados que recorrerão incessantemente e postergarão suas sanções. Ressalte-se que tais advogados, ao agirem desse

¹³³ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 55.

¹³⁴ Ibidem, p. 44.

modo, agem dentro do que o ordenamento jurídico brasileiro permite, não praticando nada de errado.

Percebendo essa falha no ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal tenta, sozinho, preenchê-lo como entende “correto”. Para isso, se agarram a princípios e à efetividade da justiça e consagram um entendimento oposto à literalidade da Constituição Federal.

Como demonstrado, o constituinte originário de 1988 elegeu, de forma expressa e eloquente, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória como marco temporal de vigência da presunção de inocência. Essa opção, necessariamente, vincula o intérprete da Constituição.¹³⁵ Deve-se respeitar a construção histórica da constituição brasileira e tudo que seus direitos e garantias fundamentais significam na história do Brasil.

Além disso, antes de comparar o Brasil com a Alemanha, os Estados Unidos e a França, é preciso ter em mente que as conjunturas atuais e as histórias constitucionais dos países comparados são absolutamente diversas.¹³⁶

A Alemanha e os Estados Unidos, por exemplo, possuem democracias já consolidadas a tempo. O Brasil, ao contrário, possui uma recente história de redemocratização, após longos anos de constantes violações de garantias individuais durante o período da Ditadura Militar (1964-1985).¹³⁷ Inclusive, a recente democratização brasileira é a razão da redação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.¹³⁸

O constitucionalismo democrático contemporâneo não admite que direitos e garantias fundamentais sejam tratados como se políticas fossem. A história constitucional do Brasil e a Constituição Federal da República Federativa Brasileira não admitem que vontades de maiorias momentâneas sejam utilizadas como parâmetro interpretativo de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência a partir da invocação de objetos normativos auto evidentes como a busca pela efetividade da Jurisdição e pelo combate à impunidade.¹³⁹

Como expõe o MINISTRO CELSO DE MELLO, a Constituição brasileira estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. “Na realidade, é a própria Lei Fundamental

¹³⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 14 e 44.

¹³⁶ Ibidem, p. 49.

¹³⁷ Ibidem, p. 50.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem, p. 55.

que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal”.¹⁴⁰ Dessa forma, não há margem para interpretações por parte dos ministros.¹⁴¹

Por fim, não é possível falar em mutação constitucional quando, como elucidado pelo MINISTRO MARCO AURÉLIO, não há espaço para interpretação no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.¹⁴²

¹⁴⁰ Voto Celso de Melo HC n. 126. 292.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Voto Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

VI. CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência surgiu no Direito Romano, foi gravemente atacado e invertido durante a inquisição, na Idade média, e foi reafirmado no início da Idade Moderna – quando foi sancionado pelo artigo 8º da Constituição da Virgínia e pelos artigos 7º e 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.¹⁴³

Atualmente, o princípio da presunção de inocência encontra-se presente em diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direito Humanos, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁴⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Dessa forma, no Brasil, pela interpretação literal de tal dispositivo constitucional, é assegurado ao acusado penalmente não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa e para destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação.

No julgamento do HC n. 126. 292/SP, ao interpretar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, contrariamente a sua jurisprudência até então consolidada, que a execução provisória na sentença penal condenatória após a sua confirmação em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.¹⁴⁵ A Corte, com isso, foi contra a literalidade da Constituição Federal, a qual prevê expressamente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Seguindo a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da CF, não seria admissível que um réu iniciasse o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do seu processo, ou seja, antes do momento em que ele poderia de fato ser considerado culpado. Em outras palavras,

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 550.

¹⁴⁴ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43.

¹⁴⁵ Acórdão HC n. 126. 292/SP

não faria sentido permitir o início do cumprimento da pena pelo réu quando ele ainda não pode ser considerado culpado.

Como mencionado, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela interpretação não literal da Constituição, afirmando que o princípio da presunção de inocência não é violado com a execução provisória da pena, uma vez que após a decisão de segundo grau não é mais possível discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.¹⁴⁶

Tal entendimento consubstanciou uma guina jurisprudencial, uma vez que foi contrário ao entendimento da Corte até então consolidado. Ressalte-se que isso ocorreu sem que houvesse qualquer modificação substancial no cenário normativo subjacente à matéria no sentido de desautorizar o entendimento até então adotado.¹⁴⁷

Para o MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, no momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Nesse contexto, seria, para o Ministro, contra a preservação da ordem pública retardar a prisão do réu condenado ao trânsito em julgado do processo.¹⁴⁸

O MINISTRO TEORI ZAVASCKI, elucidou, em seu voto, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, mas que para esses casos sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenador, suspendendo-se, se necessário, a execução da pena, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários e o *habeas corpus*.

A MINISTRA ROSA WEBER e os MINISTROS MARCO AURÉLIO, RICARDO LEWANDOWSKI e CELSO DE MELLO votaram contrariamente ao entendimento da maioria dos ministros do STF. Segundo o MINISTRO MARCO AURÉLIO, a Constituição federal é clara ao estipular que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” e sua vontade deve ser respeitada. Para ele, o artigo 5º, inciso LVII, da CF, não admite interpretações.¹⁴⁹

O MINISTRO MARCO AURÉLIO também explicou que há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa

¹⁴⁶ Voto Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

¹⁴⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 18.

¹⁴⁸ Voto Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

¹⁴⁹ Voto Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, no caso, um preceito constitucional.¹⁵⁰

O MINISTRO CELSO DE MELLO, por sua vez, afirmou que a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segundo grau seria incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional brasileiro à esfera jurídica dos cidadãos.¹⁵¹

Ainda, em sede de embargos de declaração, o MINISTRO CELSO DE MELLO foi enfático ao dizer entender por “inconstitucional e flagrantemente ofensiva à presunção de inocência a compreensão do E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, que criou, sem qualquer razão legítima, uma inaceitável antecipação artificial do trânsito em julgado para efeito de autorizar a execução provisória da sentença penal.”¹⁵²

O movimento *Critical Legal Studies*, que surgiu nos Estados Unidos na década de 70, é uma manifestação de ideias no campo do direito e representa uma intervenção contundente na história do direito nos Estados Unidos e no mundo.¹⁵³ Para COSTAS DOUZINAS, PETER GOODRICH e YIFAT HACHAMOVITCH, três largas fases caracterizam o desenvolvimento do movimento *Critical Legal Studies* e demonstram uma transição de críticas externas sobre os efeitos do direito para uma reforma interna da doutrina e das instituições jurídicas.¹⁵⁴

MARK TUSHNET descreve o movimento *Critical Legal Studies* em três proposições sobre o direito, por considerá-las comum a todos os autores do movimento: (i) que o direito é indeterminado; (ii) que o direito pode ser compreendido pela análise do contexto em que as decisões judiciais são feitas; e (iii) e que o direito é política.¹⁵⁵

Mais especificamente, MARK TUSHNET elucida que a proposição comum a todos os autores do CLS é a de que “*law is politics*”. Neste sentido, os autores do CLS defendem que o argumento jurídico (*legal claim*) é usado para garantir interesses de algum grupo político identificável.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Voto Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

¹⁵¹ Voto Ministro Celso de Mello no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

¹⁵² Voto Ministro Celso de Mello no julgamento dos embargos de declaração do HC n. 126. 292/SP.

¹⁵³ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement: Another time, a greater task*. London: Verso, 2015, p. 3. (Tradução livre da autora de: *The Critical Legal Studies Movement is a manifesto for a movement of ideas in legal thought (...) and represented, both by design and in fact, a forceful intervention in the history of legal ideas in the United States and more generally in the world*).

¹⁵⁴ DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994, p.8.

¹⁵⁵ TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: A Political History*. *Yale Law Journal*, Issue 5, Vol. 100, Article 10, 1991, p. 1518.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 1517.

Segundo os autores do movimento *Critical Legal Studies*, o direito e a política não podem ser tidos como questões paralelas e separadas, mas sim interligadas.¹⁵⁷

De acordo com MANGABEIRA UNGER, tratar o direito de modo objetivo, sem vínculo com a política, é afastar o jurídico da realidade social e, com isso, tornar o direito centrado apenas em problemas formais.¹⁵⁸

Em sua obra *“Knowledge and Politics”*, GARY MINDAS expõe que, conforme MANGABEIRA UNGER, a teoria jurídica liberal (*liberal theory*) mascara escolhas subjetivas e políticas do julgador ao tratar conhecimento e verdade como essências distintas da política, da paixão e da vontade subjetiva.¹⁵⁹

Por sua vez, JOHN STUART RUSSEL elucida que as decisões jurídicas são baseadas em valores e escolhas de natureza política dos juízes e não são produtos de raciocínio puramente jurídico ou uma aplicação objetiva do direito.¹⁶⁰ Dada a subjetividade inerente à argumentação jurídica, não há que se falar em fatos objetivamente determinados ou aplicação objetiva e racional do direito.¹⁶¹

Nesse contexto, o presente trabalho buscou analisar se houve alguma influência política por trás do julgamento do HC n. 126. 292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, e se, com isso, houve alguma manifestação de entendimentos subjetivos dos Ministros em seus votos.

Observou-se que o contexto político brasileiro à época do julgamento do HC n. 126. 292/SP era bastante específico. A decisão dos Ministros ocorreu em um cenário brasileiro histórico de forte combate à corrupção, com uma – cada cada vez mais intensa – intolerância populacional e institucional a desmandos criminosos com o Estado.¹⁶²

Marco importante foi a “Operação Lava Jato”, conhecida como operação da Polícia Federal responsável por desvendar o “mega” esquema de corrupção da Petrobras, maior empresa estatal do Brasil. Este foi considerado o maior esquema de corrupção do Brasil, que

¹⁵⁷ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 2.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Moviments: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995, p. 108. (Tradução livre da autora de: *liberal theory masked subjective and political choices by portraing knowledge and truth as separate essences distinct from politics, passion, and subjective desire*).

¹⁶⁰ RUSSEL, J. Stuart. *The Critical Legal Studies Challenge To Contemporary Mainstream Legal Philosophy*. *Ottawa Law Review*. Vol 18:1, 1986, p. 12.

¹⁶¹ Ibidem, p. 13.

¹⁶² CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 19.

envolveu, além de empresários, líderes políticos e os maiores partidos políticos brasileiros, como PT, PMDB e PSDB.¹⁶³

A “Operação Lava Jato” desvendou um quadro de corrupção sistêmica no Brasil, revelando que a corrupção passou a fazer parte do próprio sistema,¹⁶⁴ que muito alarmou o país e gerou a revolta e insatisfação da população.¹⁶⁵

Parece óbvio que a decisão da Corte foi influenciada por esse cenário político. Nesse contexto, o argumento que privilegia a efetividade da jurisdição, muito mencionado no julgamento do HC n. 126. 292/SP, ganha força decisivamente.¹⁶⁶

Não se pode admitir, contudo, que as insatisfações advindas das ruas, da sociedade, sejam utilizados como régua hermenêutica de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência – que vige até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição – a partir da invocação de objetivos normativos auto evidentes (universalmente aceitos, dado o seu alto grau de generalidade e abstração) como o combate à corrupção.¹⁶⁷

Muito mais do que uma liderança política carismática ocasional, uma corte constitucional deve ser formalmente desvinculada à seara política e imbuída do dever de se reportar sempre ao direito, podendo vir a ser capaz de institucionalmente garantir e zelar, irrenunciavelmente, pela guarda da Constituição.¹⁶⁸

Como expõe RONALD DWORKIN, argumentos de política, supostamente pragmáticos, lançados em nome de uma presumida consecução de fins sociais para a melhora da vida em comum não podem ser invocados para suplantar direitos e garantidas individuais historicamente conquistados.¹⁶⁹

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve a hermenêutica constitucional estar centrada em levar os direitos a sério, resguardando a integridade e a

¹⁶³ *A corrupção sistêmica no Brasil*. Por Emmanuelle Konzen Castro. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1125239/2017/03/a-corupcao-sistemica-no-brasil/> Acesso em: 13/11, às 18h30.

¹⁶⁴ *A corrupção sistêmica no Brasil*. Por Emmanuelle Konzen Castro. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1125239/2017/03/a-corupcao-sistemica-no-brasil/> Acesso em: 13/11, às 18h30.

¹⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinicius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 19.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 3.

¹⁶⁸ Kelsen, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, páginas 237-298.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *A matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 2-3

coerência histórico-constitucional da comunidade de princípios que constitui a Constituição.¹⁷⁰

Dessa forma, é possível defender que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal trata-se de uma decisão política, em que o direito foi usado para “mascarar”, conforme o movimento *Critical Legal Studies* defende, juízos políticos e subjetivos do ministros que compõem a Corte.

A decisão do HC 126.292/SP se deu mediante recurso a argumentos de política, “juridificados” sob a invocação de etéreo manto da efetividade da jurisdição penal.¹⁷¹ Com alegações como a necessidade da ponderação de princípios e de respeito à efetividade da jurisdição, conclui-se que a Constituição de 1988 permite a execução provisória da pena, mesmo sendo a Carta Magna expressa ao determinar o trânsito em julgado como marco temporal para que isso ocorra.

Com base em princípios, os ministros do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, conseguiram decidir segundo o que entendem correto. No caso, combater à corrupção e prender esses agentes criminosos que têm dinheiro para pagar advogados que recorrerão incessantemente e postergarão suas sanções.

O que mudou do julgamento do HC 84. 078, em fevereiro de 2009, para o julgamento do HC n. 126. 292/SP, em fevereiro de 2016, que deu ensejo à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi o contexto político do Brasil e a insatisfação da população e das instituições em relação à corrupção pelos entes públicos. A Constituição permaneceu exatamente a mesma.

Além disso, não é possível falar em mutação constitucional, quando, como elucidado pelo MINISTRO MARCO AURÉLIO, não há espaço para interpretação no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.¹⁷²

Como demonstrado, o constituinte originário de 1988 elegeu, de forma expressa e eloquente, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória como marco temporal de vigência da presunção de inocência. Essa opção, necessariamente, vincula o intérprete da Constituição.¹⁷³

¹⁷⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, ora em trâmite no STF. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 30.

¹⁷¹ Ibidem, p. 55.

¹⁷² Voto Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC n. 126. 292/SP.

¹⁷³ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN),

VII. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BELLOW, Gary; KETTLESON, Jeanne. *From Ethics to Politics: Confronting Scarcity and Fairness in Public Interest Practice*. Vol. 58, B. U. L. Review, 1978.
- BOAVENTURA, Edivaldo. *Metodologia da Pesquisa: Monografia, Dissertação e Tese*. São Paulo:Atlas, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CLUNE, Willian III. Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change (Book Review). Vol. 93, *Yale Law Journal*, 1984. (reviewing M. Rebell and A. Block, *Educational Policy Making and the Courts, An Empirical Study of Judicial Activism*, 1982).
- DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies*. London: Routledge, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- FEINMAN, Jay; GABEL, Peter. *Contract Law as Ideology, in The Politics of Law: A Progressive Critique*. 172 (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal I*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FORBATH, William, *Taking Lefts Seriously* (Book Review). Vol. 92, *Yale Law Journal*, 1983. (reviewing *The Politics of Law: A Progressive Critique* (D. Kairys ed.)).
- GABEL, Peter. *A Critical Anatomy of the Legal Opinion*. *ALSA F.*, Fall, 1980.
- GABEL, Peter. *Retification in Legal Reasoning*. Vol 3, *Research in Law and Sociology* 25, (S. Spitzer ed.) (Greenwich, Conn.: JAI Press, 1980).
- GENOVESE, Eugene D. *Critical Legal Studies as Radical Politics and World View*. Vol. 3, *Yale Law Journal and Hum*, 1991.
- GORDON, Robert. *Critical Legal Histories*. Vol. 36, *Stanford Law Review*, 1984.
- GORDON, Robert. *New Developments in Legal Theory, in The Politics of Law: A Progressive Critique*. 281 (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- HORWITZ, Morton. *Law and Economics: Science or Politics*. Vol. 8, *Hofstra Law Review*, Article 2, 1981.
- HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- JR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- KAIRYS, David. Introduction, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 11 (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- KAIRYS, David. *Legal Reasoning, in The Politics of Law: A Progressive Critique*. (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- KAIRYS, David. *The Politics of Law: A Progressive Critique*. 1 (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.

- KATZ, Al. *Studies in Boundary Theory: Three Essays in Adjudication and Politics*. Vol. 28, *Buffalo Law Review*, 1979.
- KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição? In: Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KENNEDY, Duncan; KLARE, Karl E. A Bibliography of Critical Legal Studies. *The Yale Law Journal*. Vol. 94, 1984.
- KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication: Fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1942.
- KENNEDY, Duncan. *First Years Law Teaching as Political Action*. Vol. 1, Law and Soc. Probs., 1980.
- KENNEDY, Duncan. Form and Substance in Private Law Adjudication. Vol. 89. *Harvard Law Review*, 1976.
- KENNEDY, Duncan. How the Law School Fail's: A Polemic. Vol. 1, *Yale Review Law and Soc. Action*, 1970.
- KENNEDY, Duncan. *Legal Education as Training for Hierarchy, in The Politics of Law: A Progressive Critique*. (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- KENNEDY, Duncan. *Rebels from Principle: Changing the Corporate Law Firm from Within*. Harvard Law School Bull, Fall 1981.
- KRAMER, Matthew H. *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconception*. Boston: Rowman and Littlefield Publishers Inc, 1995.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACKINNON, Catherine. *Feminism Unmodified: Occasional Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Knowledge and Politics*. New York: Free Press, 1975.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*. New York: Free Press, 1976.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Passion: An Essay on Personality*. New York: Free Press, 1984.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement: Another time, a greater task*. London: Verso, 2015.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redin. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.
- MASSEY, Calvin. R. Law's Inferno. Vol. 39, *Hastings Law Journal*, 1988.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MINDAS, Gary. *Postmodern Legal Moviments: Law and Jurisprudence At Century's End*. NYU Press. 1995.
- MONAHAN, Patrick; HUTCHINSON, Allan. Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drame of American Legal Thought. Vol. 36, *Stanford Law Review*, 1984.

- MONAHAN, Patrick; HUTCHINSON, Allan. The "Rights" Stuff: Roberto Unger and Beyond. Vol. 62, *Texas Law Review*, 1984.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Sumários de Processo Penal*. Coimbra: s. ed. (datilografado por João Abrantes e policopiados), 1968.
- POLAN, Diane. *Towards a Theory of Law and Patriarchy*, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*. (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- RABINOWITZ, Victor. *The Radical Tradition in the Law*, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*. (D. Kairys ed.) New York: Pantheon Books, 1982.
- RODES JR., Robert E. *Critical Legal Studies*. Vol. 39, *J. Legal. Educ.*, 1989.
- ROTHSTEIN, Lawrence. The Politics of Legal Reasoning: Conceptual Contests and Racial Segregation. Vol. 15, *Val. U. Law Review*, 1980.
- RUSSEL, J. Stuart. The Critical Legal Studies Challenge To Contemporary Mainstream Legal Philosophy. *Ottawa Law Review*. Vol 18:1, 1986.
- SERON, Carroll; MUNGER, Frank. *Critical Legal Studies versus Critical Legal Theory: A comment on the Method*. Vol. 6, *Law and Policy*, 1984.
- SIMON, William H. Visions of Practive Legal Thought. Vol. 36, *Stanford Law Review*, 1984.
- SINGER, Joseph. The Player and The Cards: Nihilism and Legal Theory. Vol. 94, *Yale Law Journal*, 1984.
- ST. ANTOINE, Theodore J. *Critical Legal Studies (Book Review)*. Vol. 43, *Indus and Lab. Rel. Rev.*, 1989, p. 142
- STICK, John. *Review: Charting the Development of Critical Legal Studies by Mark Kelman*. Vol. 88, *Columbia Law Review*, 1988.
- TAYLOR, George. *Deconstructing the Law (Book Review)*. Vol. 1. *Yale Law and Policy Review*, 1983. (Reviewing *The Politics of Law: A progressive Critique* (D. Kairys ed., 1982)).
- TIGAR, Michael. *Law and The Rise of Capitalism*. New York: Monthly Review Press, 1977.
- TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, Argentina: La Ley, 2002.
- TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies and Constitucional Law: An Essay on Deconstruction*. Vol. 36, *Stanford Law Review*, 1984.
- TUSHNET, Mark. Critical Legal Studies: A Political History. *Yale Law Journal*, Issue 5, Vol. 100, Article 10, 1991.
- TUSHNET, Mark. *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*. Vol. 96, Cambridge: Harvard Law Review Association, 1983.
- TUSHNET, Mark. *Truth, Justice and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies*. Vol. 57, *Texas Law Review*, 1979.